

Article

« De l'existence d'une *norme de l'anormal*. Portée et valeur de la recherche empirique au regard du droit vivant : une contribution à la sociologie du droit »

Emmanuelle Bernheim

Les Cahiers de droit, vol. 52, n° 3-4, 2011, p. 461-496.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/1006694ar>

DOI: 10.7202/1006694ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

De l'existence d'une *norme de l'anormal*. Portée et valeur de la recherche empirique au regard du droit vivant : une contribution à la sociologie du droit*

Emmanuelle BERNHEIM**

Dans le texte qui suit, l'auteure postule que l'étude du droit par l'entremise des méthodes de sciences sociales, et notamment de l'empirie, est un moyen réflexif d'étudier le droit et les normes et de révéler la dynamique des changements sociaux et juridiques, plus particulièrement circonscrire la place de l'individu dans la dynamique normative et, incidemment, illustrer en quoi le droit et les normes constituent des vecteurs du lien social. La recherche empirique démontre notamment que la mobilisation des normes dépend d'un processus d'appropriation par lequel l'acteur matérialise son rôle social et le sens qu'il donne à son action. La mise en évidence du décalage entre le droit des textes et le droit vivant permet d'appréhender les impasses conceptuelles et paradigmatiques qui influent sur la cohérence interne du droit et constituent des obstacles majeurs à son application.

* La présente étude a été menée dans le contexte d'une recherche doctorale : Emmanuelle BERNHEIM, *Les décisions d'hospitalisation et de soins psychiatriques sans le consentement des patients dans des contextes clinique et judiciaire : une étude du pluralisme normatif appliqué*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université de Montréal et École doctorale sciences pratiques de l'École normale supérieure de Cachan, 2011. Elle a été financée par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH). L'auteure remercie ses directeurs de recherche, les professeurs Pierre Noreau et Jacques Commaille, pour leur précieuse contribution à la réalisation de ce projet. L'opinion exprimée ici n'engage toutefois que l'auteure.

** Professeure, Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

*In this article, the author advances that the study of law as seen through the prism of social science methods, and especially experiential retroflexion, provides a reflexive means for studying law and norms and reveals the dynamics of social and juridical evolution. It is mainly a question of situating the place of a human being within a normative dynamic setting and, incidentally to illustrate how law and norms are the vectors of social bonds. Empirical research especially demonstrates how the mobilization of norms depends upon a process of appropriation whereby the actor materializes his social role and the meaning that he gives to his actions. The illustration of the gap between *jus scriptum* and *jus vivum* sheds light upon the conceptual and paradigmatic deadlocks that distort the internal coherency of law and constitute major obstacles in its application.*

	<i>Pages</i>
1 La norme comme vecteur du lien social	468
1.1 Les caractéristiques du discours normatif	468
1.2 La dynamique du pluralisme normatif : entre liens et rôles sociaux	470
2 La norme de l'anormal : fondements historiques et manifestations contemporaines..	473
2.1 Les fondements historiques du discours normatif sur la folie	473
2.2 Les manifestations contemporaines de la norme	474
3 L'hypothèse posée et la démarche méthodologique adoptée	477
3.1 L'hypothèse posée.....	477
3.2 De la nécessité d'une démarche de sciences sociales	479
3.3 La démarche méthodologique adoptée	480
4 Les résultats de recherche : les «révélation» du terrain en matière de droit vivant	483
4.1 La norme formelle	484
4.2 La norme de l'anormal	488
Conclusion.....	493

Comment l'étude du droit et des normes peut-elle contribuer à la compréhension des liens sociaux ? Comment le « droit vivant¹ », en tant qu'instrument conceptuel, permet-il de sonder la complexité de la structure sociale ? Dans la réflexion qui suit, nous postulons que l'étude du droit par l'entremise des méthodes de sciences sociales, plus particulièrement de la sociologie, et notamment de l'empirie, est un moyen réflexif d'étudier le droit et les normes en tant que vecteurs du lien social et, incidemment, de révéler la dynamique des changements sociaux et juridiques.

Nous avons choisi ici de remettre en question la place de l'individu dans la dynamique normative, notamment dans l'organisation hiérarchique des normes. Nous postulons que cette dynamique, inscrite dans un lien social, dans une *configuration* d'acteurs², traduit à la fois la conception que l'individu se fait de son rôle au sein de cette *configuration*, mais également de son engagement dans le rapport social collectif. En établissant des liens entre normes et rôles sociaux, nous tentons de circonscrire les motivations sous-jacentes à la mobilisation des normes par les acteurs. L'objet de recherche choisi, soit le champ psychiatrique, présente des spécificités qui nous permettent d'étudier, sur le plan à la fois théorique et pratique, les mutations normatives, sociales et politiques qui sont fondamentales du point de vue sociologique du droit.

Depuis quelques années, en effet, plusieurs parlent de « crise du droit³ », ou de changement de paradigme⁴, contestant les postulats moniste

1. L'expression est empruntée à Jean-Guy BELLEY, « La loi du dépôt volontaire : une étude de sociologie juridique », (1975) 16 *C. de D.* 27, 41. L'auteur définit le droit vivant comme « le droit en train de se faire dans le milieu ambiant de la société, souvent à l'insu des juristes » : Jean-Guy BELLEY, « Une métaphore chimique pour le droit », dans J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'inter-normativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 7, à la page 9.
2. Pour comprendre la réalité subjective de l'acteur, et les raisons qui motivent ses choix, il faut le replacer en interaction avec l'autre. « Le concept de configuration attire notre attention sur les interdépendances humaines. Il s'agit de savoir quel facteur relie les hommes en configurations » : Norbert ÉLIAS, *Qu'est-ce que la sociologie ?*, traduit par Yasmin HOFFMANN, Marseille, Éditions de l'aube, 1991, p. 160.
3. Voir par exemple : Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996 et André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, vol. 2 « Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation », Paris, L.G.D.J., 2003, p. 50.
4. André-Jean ARNAUD, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », dans Catherine THIBIERGE et autres (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 13, à la page 15 ; Daniel MOCKLE, « La gouvernance publique et le droit », (2006) 47 *C. de D.* 89, 98 et suiv. ; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, chap. 1, p. 43-124.

et centraliste. L'inflation du droit public des dernières décennies est remise en cause au profit de mécanismes nouveaux, dont la délibération et le consensus⁵. L'individualisme serait, entre autres, à l'origine d'une instrumentalisation du droit au profit des intérêts individuels et de la technicité croissante de la société. En outre, l'interprétation individualiste des droits de la personne favoriserait l'émergence d'un discours politique et social sur la responsabilité individuelle⁶.

À cet égard, la folie et la pratique psychiatrique constituent un objet de réflexion et d'exemplification privilégié. La folie, parce qu'elle se prête naturellement à une qualification normative, est l'objet d'une multiplicité de normes juridiques et sociales⁷. Au fil des époques, la folie a fait l'objet de définitions et de traitements divers. Sa conceptualisation pose comme point de départ le *normal* auquel il est possible d'opposer des comportements différents ou originaux, qui seront qualifiés d'*anormaux*. Ce clivage est éminemment moral. Ainsi, le normal est associé au *bon*, à ce qui est souhaitable, approuvé socialement ; il est également ce qui est le plus fréquent et donc facilement repérable et observable⁸. L'anormal, le pathologique, difficilement définissable en lui-même, est forcément le contraire du normal ; il est inadapté et dérangeant. Toutefois, l'anormal ne traduit pas l'absence de norme ou même la négation de la norme : il est plutôt *dans* la norme⁹. Il peut aussi être l'expression d'autres normes, de normes différentes mais possibles¹⁰.

De même, la folie s'inscrit doublement dans la dynamique sociale : elle existe à la fois en tant que négation ou fragilisation du lien social, mais

5. Daniel MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État. La question du droit dans la gouvernance publique*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

6. Gilles LIPOVETSKY, *L'ère du vide. Essais sur l'individualisme contemporain*, Paris, Gallimard, 1983 ; Marcel GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002 ; Pierre NOREAU, *Droit préventif. Le droit au-delà de la loi*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 58.

7. Pour plusieurs, la santé est devenue une norme en soi : Isabelle QUEVAL, *Le corps aujourd'hui*, Paris, Gallimard, 2008, p. 112 ; Didier FASSIN, « Les politiques de la médicalisation », dans Pierre AÏACH et Daniel DELANOË (dir.), *L'ère de la médicalisation. Ecce homo sanitas*, Paris, Anthropos, 1998, p. 1.

8. Sandrine CHASSAGNARD-PINET, « Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre », dans C. THIBIERGE et autres (dir.), préc., note 4, p. 153.

9. Marcelo OTERO, « Vulnérabilité, folie et individualité. Le nœud normatif », dans Vivianne CHÂTEL et Shirley ROY (dir.), *Penser la vulnérabilité. Visages de la fragilisation du social*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2008, p. 125, à la page 128.

10. Georges CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, Paris, Presses universitaires de France, 1966, p. 91 ; Roland GORI et Marie-José DEL VOLGO, *Exilés de l'intime. La médecine et la psychiatrie au service du nouvel ordre économique*, Paris, Denoël, 2008, p. 107.

également, en soi, en tant que «question sociale¹¹». De fait, la conceptualisation d'un phénomène comme étant anormal ne saurait être *intelligible* en dehors du lien social, «sans référence à un discours social, culturel et politique globalisant et [...] normalisant¹²». Ici, la norme sert à supprimer la différence par la conformité des comportements¹³, voire la *normalisation*¹⁴ ou même le *proflage*¹⁵. L'anormal se définit donc à l'encontre du normal, en second, dans une perspective normative, et c'est l'écart entre normal et anormal qui constitue l'infraction, si ce n'est la déviance¹⁶. L'infraction est à l'origine à la fois de la norme¹⁷ et de l'intervention.

Les interventions en matière psychiatrique, et plus particulièrement la garde en établissement et l'autorisation de soins¹⁸, illustrent l'articulation entre une multitude de normativités. Outre les normes à caractère social que nous venons de mentionner, des normes médicales concernant le diagnostic, le besoin clinique et le traitement permettent l'évaluation et le suivi des «cas». En matière juridique, différentes tensions caractérisent le champ psychiatrique, notamment entre droits de la personne et règles déontologiques, d'une part, et entre droits de la personne et droit à la protection, d'autre part.

L'étude du champ psychiatrique met également en lumière les orientations de la gestion étatique des problèmes sociaux. En effet, depuis les années 70, l'État s'est progressivement engagé dans la pratique psychiatrique, d'une part en la *juridicisant*, notamment en reconnaissant des droits spécifiques aux patients psychiatriques et, d'autre part, en la *judiciarisant* en partie, plus précisément quant aux processus d'internement et de

-
11. Sur la question sociale, lire Jacques COMMAILLE, *Les nouveaux enjeux de la question sociale*, Paris, Hachette, 1997.
 12. M. OTERO, préc., note 9, à la page 133.
 13. Michel FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, 1972 ; Marcelo OTERO, «Le psychosocial dangereux, en danger et dérangeant : nouvelle figure des lignes de faille de la socialité contemporaine», *Sociologie et sociétés*, vol. 39, n° 1, 2007, p. 51.
 14. G. CANGUILHEM, préc., note 10, p. 182. Depuis quelques années, il est plutôt question d'«adaptation», voire de «réadaptation» sociale.
 15. Erving GOFFMAN, *Stigmate. Les usages sociaux des handicaps*, traduit par Alain KIHM, Paris, Les Éditions de Minuit, 1975, p. 68.
 16. Erving GOFFMAN, *Les rites d'interaction*, traduit par Alain KIHM, Paris, Les Éditions de Minuit, 1974, p. 46. Voir également Erving GOFFMAN, *La mise en scène de la vie quotidienne*, t. 2 «Les relations en public», traduit par Alain KIHM, Paris, Les Éditions de Minuit, 1973, p. 322.
 17. G. CANGUILHEM, préc., note 10, p. 179 ; Franck CHAUMON, «La folie, sujet de droit, sujet de l'inconscient», dans Nathalie ROBATEL (dir.), *Le citoyen fou*, Paris, Presses universitaires de France, 1991, p. 139, à la page 141.
 18. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 30 et 16.

traitement¹⁹. Soulignons que cette tendance de l'État à juridiciser et à judiciariser « les questions de société²⁰ » n'est pas sans effet du point de vue normatif²¹. En effet, la juridicisation engage forcément l'action étatique par l'intervention du législateur, mais, paradoxalement, la judiciarisation, en tant que moyen d'application des politiques publiques et du droit, suppose, objectivement, un désengagement de l'État²². Ainsi, la délégation de responsabilité qui accompagne la judiciarisation favorise l'intervention d'institutions supplémentaires dans la régulation de l'interne et des soins psychiatriques : les tribunaux. Tenus d'interpréter les dispositions applicables, les juges deviennent les principaux producteurs du sens de la norme et, incidemment, du sens des interventions psychiatriques. L'intervention des professionnels du droit, particulièrement des juges, dans les rapports sociaux et dans la définition des politiques publiques et du droit psychiatrique entraîne des changements majeurs dans l'économie des rapports entre les normes applicables dans le champ de l'intervention psychiatrique. Dans cette perspective, le droit devient la norme de référence dans un domaine qui ne concernait jusque-là que la clinique. Juges et psychiatres doivent donc, en dépit des finalités parfois antagonistes de leurs disciplines respectives, trouver, sur le terrain du droit, des modalités d'intervention acceptables pour tous. Nous avons étudié le processus de mobilisation des normes par ces deux acteurs dans leur rapport avec des personnes souffrant de maladie mentale, plus spécialement au moment de prendre la décision d'hospitaliser ou de soigner un individu contre son gré.

En matière de garde en établissement, le critère cardinal à la prise de décision est la présence de dangerosité liée à l'état mental²³. Cette dangerosité doit être importante ou « clairement envisageable dans le présent ou dans un avenir relativement rapproché²⁴ » et être documentée. Rappelons

19. Cela s'est fait d'abord avec la *Loi sur la Protection du malade mental*, L.R.Q., c. P-41 (abrogée), puis avec la réforme du *Code civil du Québec*, art. 16, 26 et suiv., et, finalement, avec la *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, L.R.Q., c. P-38.001.

20. Jacques COMMAILLE, « La juridicisation du politique. Entre réalité et connaissance de la réalité. En guise de conclusion », dans J. COMMAILLE, Laurence DUMOULIN et Cécile ROBERT (dir.), *La juridicisation du politique*, Paris, L.G.D.J., 2010, p. 200, à la page 200.

21. Le droit social « ouvre à la norme juridique un champ considérable d'action [en] juridicis[ant] des faits sociaux et [en] invent[ant] de nouveaux acteurs » : Michel BORGETTO et Robert LAFORE, « L'État-providence, le droit social et la responsabilité », *Lien social et politiques*, n° 46, automne 2001, p. 31, à la page 36.

22. Jacques COMMAILLE et Laurence DUMOULIN, « Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la "judiciarisation" », *L'Année sociologique*, vol. 59, n° 1, 2009, p. 63, aux pages 66-70.

23. Art. 30 C.c.Q.

24. A. c. *Centre hospitalier de St. Mary*, 2007 QCCA 358, par. 17.

que la *Charte des droits et libertés de la personne* prévoit à cet effet que le droit à la liberté d'un citoyen ne peut être entravé que pour « les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite²⁵ ». Pourtant, l'interprétation jurisprudentielle de ce critère reste inégale. Ce sont en particulier le manque de précision scientifique du critère de danger²⁶, la diversité des acteurs amenés à se prononcer²⁷ et le flou du droit qui permettent une application circonstanciée²⁸.

En matière d'autorisation de soins, la décision doit être prise en deux temps. D'abord, il s'agit de trancher la question de l'incapacité à consentir aux soins de la personne visée, puis celle de la nécessité effective du traitement proposé et des bénéfices attendus²⁹. Soulignons que l'évaluation de l'aptitude à consentir aux soins nécessite une procédure particulière, qui n'est pas la même que pour l'aptitude légale³⁰. Il faut ici protéger le droit à l'intégrité des personnes visées par les demandes, l'incapacité ne permettant plus *de facto* de contourner l'obligation d'obtenir un consentement ; son effet est plutôt l'obligation d'obtenir un consentement substitué. Pourtant, comme dans le cas du critère de dangerosité, il n'existe aucun consensus sur une définition de l'aptitude à consentir aux soins dans la communauté scientifique³¹. Il s'ensuit une jurisprudence hétérogène, parfois contradictoire³².

25. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 24.

26. Voir par exemple : Marie-Josée BROUILLETTE et Joël PARIS, « The Dangerousness Criterion for Civil Commitment: The Problem and a Possible Solution », *Revue canadienne de psychiatrie*, vol. 36, n° 4, mai 1991, p. 285 ; Yvon LEFEBVRE, « Chercher asile dans la communauté », *Santé mentale au Québec*, vol. 12, n° 1, juin 1987, p. 66, à la page 69 ; Pierre-Marc COUTURE-TRUDEL et Marie-Ève MORIN, « La garde en établissement au Québec : enjeux de la détention civile en psychiatrie », *Santé mentale au Québec*, vol. 32, n° 1, printemps 2007, p. 229, à la page 231.

27. Ce sont les policiers, les spécialistes et personnes-ressources des centres de crise, les médecins généralistes, les psychiatres et les juges.

28. Pour une analyse de la jurisprudence et de la littérature scientifique sur le sujet, lire Emmanuelle BERNHEIM, *Garde en établissement et autorisation de soins : quel droit pour quelle société ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, partie 2.2.1.

29. Art. 12 et 16 C.c.Q.

30. *Institut Philippe Pinel de Montréal c. A.G.*, [1994] R.J.Q. 2523, par. 55 (C.A.).

31. Voir par exemple : Marya E. POLLACK et Stephen B. BILLICK, « Competency to Consent to Treatment », *Psychiatric Quarterly*, vol. 70, n° 4, décembre 1999, p. 303, à la page 305 ; Loren H. ROTH, Alan MEISEL et Charles W. LIDZ, « Tests of Competency to Consent to Treatment », *American Journal of Psychiatry*, vol. 134, n° 3, mars 1977, p. 279 ; Thomas GRISIO, Paul S. APPELBAUM et Carolyn HILL-FOTOUI, « The MacCAT-T: A Clinical Tool to Assess Patients' Capacities to Make Treatment Decisions », *Psychiatric Services*, vol. 48, n° 11, novembre 1997, p. 1415.

32. E. BERNHEIM, préc., note 28, partie 2.2.2.

Nous commencerons par brosser un tableau de la norme en tant que vecteur du lien social. Dans cette perspective, le pluralisme normatif permet de circonscrire l'éventail des différents degrés d'engagement dans le lien social (1). Ensuite, nous développerons le concept de *norme de l'anormal*, concept originellement issu du discours psychiatrique (2), et présenterons notre hypothèse et notre démarche méthodologique (3). Enfin, nous exposerons nos résultats de recherche (4).

1 La norme comme vecteur du lien social

1.1 Les caractéristiques du discours normatif

Le caractère normatif d'un discours consiste en un «jugement qui apprécie ou qualifie un fait» relativement à un standard ou à une règle, correspondant aux valeurs ou aux intérêts de celui qui produit la norme³³. Ce discours a donc un caractère évaluatif, par lequel le producteur émet une opinion. Le choix d'instituer un discours normatif dépend d'un processus par lequel le producteur classe des faits. Ce processus d'évaluation correspond au *jugement de valeur*³⁴.

Lorsque le discours normatif est créé à partir de standards, le processus de jugement de valeur devra classer les faits hiérarchiquement en catégories supérieures, inférieures ou égales. Il ne s'agira donc pas de déterminer ce qui est bon dans l'absolu, mais plutôt ce qui sera le plus avantageux en fonction de la fin recherchée. Pour ce faire, l'évaluateur tiendra compte de *valeurs inhérentes* aux objets ou aux situations en cause, de *valeurs instrumentales* en fonction du but recherché et de *valeurs contributives*, soit des valeurs de tous les objets ou des situations prises comme un ensemble.

Lorsque le discours normatif est créé à partir de règles, le processus de jugement de valeur a pour objet de classer les faits entre convenables et inconvenables. Les règles peuvent être de nature morale ou juridique, mais il faudra également tenir compte des règles d'un jeu, des règles d'étiquette, des règles internes à un organisme ou une institution ou encore des règles de procédure. Le processus d'évaluation consiste alors à ne retenir que ce qui est considéré comme bon du point de vue instrumental de l'évaluateur.

Ainsi, le discours normatif fonde la différence entre plusieurs comportements acceptables et le bon comportement, c'est-à-dire celui qui a la plus grande valeur. C'est également la différence entre un comportement encouragé et un comportement obligatoire, ce dernier étant à la fois le

33. G. CANGUILHEM, préc., note 10, p. 77.

34. Paul W. TAYLOR, *Normative Discourse*, Westport, Greenwood Press, 1973, p. 3.

comportement encouragé *et* la bonne chose à faire. Selon les situations et sa nature, le discours normatif peut avoir un caractère impératif, justificatif ou de recommandation ; il a habituellement une visée prescriptive³⁵.

De manière générale, le discours normatif sert à la prévisibilité des rapports sociaux. Il cristallise l'interaction pressentie entre les membres du tissu social sous trois formes différentes : 1) le *contrôle personnel*, ou autorégulation, par lequel l'individu s'astreint seul à l'observance des normes ; 2) le *contrôle social informel*, au sein de la communauté ou du groupe, par lequel les pairs manifestent une désapprobation du comportement déviant³⁶ ; et, 3) la *sanction sociale formelle*, exercée par des agents spécialisés³⁷. Le discours normatif constitue donc un guide des conduites et il agit sur trois parties : « la personne qui peut légitimement attendre et exiger d'être traitée sur un [...] mode, conforme à la règle ; la personne qui est obligée d'agir suivant la règle ; la communauté qui renforce la légitimité de cette attente et de cette obligation³⁸ ».

En même temps, le discours normatif devra toujours être justifiable, idéalement par des arguments de nature pragmatique, et notamment scientifique, plutôt que morale³⁹. Ces arguments pourront, par exemple, s'appuyer sur les standards ou les règles qui ont servi à créer la norme, sur leur validation en tant que standards ou règles supérieurs, sur leur justification par leur inclusion au sein d'un système de valeurs pris comme un tout ou sur une démonstration de nature rationnelle⁴⁰.

35. *Id.*, p. 7, 26, 33, 44 et 60 et suiv.

36. Il est également possible de parler de « force sociale » qui s'exerce « sous la forme immatérielle des menaces ou encouragements issus de l'environnement social » : Patrick PHARO, *Raison et civilisation. Essai sur les chances de rationalisation morale de la société*, Paris, Éditions du Cerf, 2006, p. 160.

37. Erving GOFFMAN, « La folie de "position" », dans Franco BASAGLIA et Franca BASAGLIA ONGARO (dir.), *Les criminels de paix. Recherches sur les intellectuels et leurs techniques comme préposés à l'oppression*, traduit par Bernard DE FRÉMINVILLE, Paris, Presses universitaires de France, 1980, p. 269, à la page 279.

38. *Id.*, à la page 275.

39. C'est le cas en raison de l'objectivation que ces arguments permettent. En outre, la connaissance scientifique permet de justifier des décisions impopulaires par la prédiction des risques liés aux pratiques visées par la norme : P.W. TAYLOR, préc., note 34, p. 252-254 ; Roland GORI, « L'expertise : une nouvelle forme de censure sociale ? », dans Hachimi SANNI YAYA (dir.), *Pouvoir médical et santé totalitaire. Conséquences socio-anthropologiques et éthiques*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2009, p. 121, à la page 122.

40. P.W. TAYLOR, préc., note 34, p. 69 et 77.

Cependant, depuis l'avènement des sociétés modernes, l'individu n'est plus *absorbé* par la collectivité : il est libre⁴¹. « Point de totalitarisme, point de violence sauvage, point d'arbitraire érigé en système⁴². » Il s'agit donc plutôt de régulation sociale, de « projet normatif⁴³ », un processus qui encadre les rapports que les individus entretiennent entre eux et qui permet au système global de se maintenir⁴⁴. Dans ce cadre, la norme n'aurait pas pour fonction première d'exclure, elle aurait au contraire pour objet la transformation⁴⁵, la *normalisation*. Le pouvoir n'est pas un phénomène de domination qui serait « massif et homogène » ; il fonctionnerait par l'intermédiaire de la chaîne des individus, en réseau. Ainsi, « [les individus] ne sont jamais la cible inerte ou consentante du pouvoir, ils en sont toujours les relais. Autrement dit, le pouvoir transite par les individus, il ne s'applique pas à eux⁴⁶. » Dans ce cas, bien que « [c]haque collectivité [...] [soit] encore définie comme le lieu de sa propre mutation », l'individu est appréhendé en tant que producteur de sa société⁴⁷.

1.2 La dynamique du pluralisme normatif : entre liens et rôles sociaux

Dans une perspective pluraliste, toutes les normes ont objectivement la même finalité et le même statut. Il n'y a donc aucune prépondérance logique d'un type de normativité sur les autres. De manière générale, les chercheurs qui ont opté pour cette position épistémique ont cherché à comprendre la nature ontologique des normes et à saisir les raisons pour lesquelles les individus les acceptent comme étant contraignantes. À travers ce questionnement, toutefois, la problématique de la juridicité est une constante :

41. Didier LAPEYRONNIE, « Le social ignoré ou le point de vue aveugle de la République », dans Stéphane BEAUD, Joseph CONFAVREUX et Jade LINDGAARD (dir.), *La France invisible*, Paris, La Découverte, 2006, p. 520, à la page 527.

42. M. GAUCHET, préc., note 6, p. 21.

43. Michel FOUCAULT, *Les anormaux. Cours au Collège de France (1974-1975)*, Paris, Gallimard/Seuil, 1999, p. 46.

44. Michel CROZIER, « Le problème de la régulation dans les sociétés complexes modernes », dans François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 131 ; François TERRÉ, « Forces et faiblesses de la norme », dans C. THIBIERGE et autres (dir.), préc., note 4, p. 19, à la page 20.

45. M. FOUCAULT, préc., note 43, p. 46.

46. Michel FOUCAULT, « *Il faut défendre la société* ». *Cours au Collège de France (1975-1976)*, Paris, Gallimard/Seuil, 1997, p. 26. Lire également Guy ROCHER, « Droit, pouvoir et domination », *Sociologie et sociétés*, vol. 18, n° 1, avril 1986, p. 33, à la page 43.

47. Pierre NOREAU, « Et le droit, à quoi sert-il ? Étude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain », dans Pierre NOREAU (dir.), *Le droit à tout faire : explorations des fonctions contemporaines du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 205, aux pages 211 et 212.

quiconque tente de circonscrire les mécanismes d'émergence et d'imposition des normes s'impose bien souvent la comparaison avec le droit posé⁴⁸.

Pour certains auteurs, les normativités non étatiques ne peuvent émerger qu'en l'absence de droit⁴⁹, ou du moins d'un droit efficace⁵⁰. Pour d'autres, c'est exactement l'inverse : le droit n'a de raison d'être que là où le contrôle social est inexistant⁵¹. Cette perspective rejoint celle de Max Weber pour qui, si d'autres pouvoirs que l'État—et il donne en exemple le pouvoir religieux—ont un effet qu'il qualifie d'« appréciable », alors la « contrainte juridique » de l'État sera moindre⁵².

La question centrale ne concerne pourtant pas l'aménagement des normes entre droit posé et normes non étatiques. Il s'agit plutôt de comprendre comment leur existence est possible⁵³ et, partant, comment et pourquoi elles s'imposent. Différentes explications sont avancées en fonction des finalités normatives. Ces dernières peuvent être de deux ordres : maintenir l'unité sociale ou jouer le rôle de catalyseur de l'identité individuelle.

Dans le premier cas, la conformité des comportements avec les normes résulte de l'anticipation du comportement de l'autre : rappelons, à ce titre, que la norme constitue un « code social sous-entendu », un « outil de coopération »⁵⁴. Les groupes sociaux élaborent des normes dans le but d'assurer leur bien-être ; ils utilisent les punitions et les récompenses pour arriver à leurs fins.

48. Patrick PHARO, *Phénoménologie du lien civil. Sens et légitimité*, Paris, Éditions L'Harmattan, 1992, p. 85.

49. Dans ce développement, par référence aux auteurs cités, lorsque nous parlerons de « droit », il s'agira de droit étatique.

50. Robert C. ELLICKSON, *Order Without Law. How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, p. 284.

51. Eric A. POSNER, *Law and Social Norms*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, p. 4 ; Donald BLACK, *The Behavior of Law*, New York, Academic Press, 1976, p. 107-110.

52. Max WEBER, *Économie et société*, t. 1, Paris, Plon, 1971, p. 326.

53. Pierre NOREAU, « Comment la législation est-elle possible ? Objectivation et subjectivation du lien social », (2001-02) 47 *R.D. McGill* 195.

54. E. GOFFMAN, préc., note 37, aux pages 273 et 274 ; Robert COOTER, « Structural Adjudication and the New Law Merchant : A Model of Decentralized Law », (1994) 14 *Int'l Rev. L. & Econ.* 215, cité dans Lawrence E. MITCHELL, « Understanding Norms », (1999) 49 *U.T.L.J.* 177, 190, à la note 38 ; E. GOFFMAN, *La mise en scène de la vie quotidienne*, préc., note 16 ; David MARSDEN, « Pour un individualisme méthodologique à composante sociale et à rationalité limitée », *Sociologie et sociétés*, vol. 34, n° 1, printemps 2002, p. 113 ; Robert COOTER, « Decentralized Law for a Complex Economy : The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant », (1995-96) 144 *U. Pa. L. Rev.* 1643.

Dans le second cas, la norme fait l'objet d'un processus d'«intériorisation» par lequel l'individu qui veut agir selon ce qu'il croit être juste s'approprie le contenu normatif⁵⁵. Il s'agit du processus de «subjectivation» ou d'«identification⁵⁶». La norme a alors une double valeur : une valeur pratique liée au sens que l'acteur donne à son action⁵⁷ et une valeur symbolique liée à l'association entre comportements et qualités, la norme définissant qui est respectable et qui ne l'est pas⁵⁸.

Sur le rôle des individus dans la dynamique normative, et plus particulièrement au sujet du lien entre sens de l'action, identité et normes, les travaux menés par Roderick A. Macdonald sur le pluralisme juridique sont uniques⁵⁹. Selon la perspective de cet auteur, les acteurs façonnent les institutions et, par le fait même, les normes ; le droit étatique est une construction découlant des interactions entre les sujets de droit et les sujets exerçant un rôle institutionnel. Ainsi, les normes sont le reflet de l'identité de l'acteur puisque « [l]a pluralité des ordres juridiques reste toujours dans l'imaginaire des sujets, dans la pluralité de leur conception de leur soi⁶⁰ ». Les normes ne sont plus des règles imposées, mais des règles « négociées » et les décisions découlent d'un *accord* entre les justiciables⁶¹.

Dans cette perspective, la *force* normative⁶² n'émane pas des règles elles-mêmes, mais plutôt de l'«intercompréhension pratique» : les normes, pour exister, sont comprises, vécues et agies « dans et par rapport à autrui⁶³ » au sein de la *configuration*. Partant, pour nous, elles sont l'expression symbolique du rôle de l'individu dans le lien social et

55. Elliot ARONSON, *The Social Animal*, 4^e éd., New York, Freeman, 1984, p. 33.

56. P. NOREAU, préc., note 53, 220 et suiv.

57. Jean-Guy BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, vol. 18, n° 1, avril 1986, p. 11, à la page 27.

58. D. BLACK, préc., note 51, p. 111 et 112 ; E.A. POSNER, préc., note 51, p. 27-34.

59. Soulignons que, pour Macdonald, il y a *confusion* entre la normativité juridique et la normativité sociale : Roderick A. MACDONALD, « Les Vieilles Gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives », dans J.-G. BELLEY (dir.), préc., note 1, p. 233, à la page 259.

60. Roderick A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », (2002-03) 33 *R.D.U.S.* 133, 144.

61. « [L]es mécanismes de réglementation donne[raient] [de] meilleurs résultats lorsque ceux qui en sont touchés participent activement à leur conception et à leur fonctionnement » : Roderick A. MACDONALD, *Le droit du quotidien*, Montréal, Presses universitaires McGill-Queen's, 2002, p. 20.

62. Le concept de *force* renvoie au pouvoir normatif de la norme, soit sa capacité à prescrire et à réguler les comportements.

63. Harold GARFINKEL, cité dans Paul LADRIÈRE, « Vues rétrospectives sur l'éthique et le juridique », dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), préc., note 44, p. 273, à la page 274.

agissent comme vecteur de la socialité. Nous verrons ci-dessous comment le discours issu de la pratique psychiatrique peut être conceptualisé comme un discours normatif.

2 La norme de l'anormal : fondements historiques et manifestations contemporaines

2.1 Les fondements historiques du discours normatif sur la folie

En France, durant la première moitié du XIX^e siècle, Eugène Esquirol, disciple de Philippe Pinel, a été très engagé dans la mise en place d'une nouvelle loi sur l'internement⁶⁴ et il a été reconnu expert judiciaire dans des affaires d'homicide, alors que cette reconnaissance était encore rare et très discutée⁶⁵. La participation primordiale d'un médecin à des activités de nature politique et judiciaire marque le début d'une « union sacrée [entre l'administration et l'autorité médicale]⁶⁶ », union dont la cristallisation sera d'autant plus évidente dans la conception normative de la folie que les discours psychiatriques et juridiques s'appuient mutuellement⁶⁷.

Ce serait précisément grâce au savoir médical sur la folie, remodelé en discours scientifique et nosologique, puis expert⁶⁸, que le « pouvoir psychiatrique » se serait « impos[é] à la folie au nom d'une vérité détenue une fois pour toutes [...] sous le nom de science médicale⁶⁹ ». Dans l'évolution du statut du discours psychiatrique, le passage symbolique de la fonction

64. La *Loi du 30 juin 1838 sur les aliénés*, Rec. Duvergier, p. 490, a d'ailleurs été surnommée la « loi d'Esquirol », puisqu'elle reflétait les idées que ce dernier proposait d'abord dans son mémoire sur l'isolement (1832), puis lors de sa participation aux travaux préparatoires de la loi : Christine PÉNY, *Histoire d'une "publicisation". Le droit et les institutions de l'insanité d'esprit sous l'Ancien Régime*, thèse de droit, Faculté de droit et de science politique, Université d'Aix-Marseille, septembre 2007, p. 580 et suiv.

65. Laurence GUIGNARD, « L'expertise médico-légale de la folie aux Assises 1821-1865 », *Le Mouvement social*, vol. 197, n° 4, 2001, p. 57 ; Thierry HAUSTGEN, « Dictionnaire biographique de psychiatrie par des membres de la Société médico-psychologique. Étienne Esquirol (1772-1840) », *Annales médico-psychologiques*, vol. 163, n° 6, 2005, p. 543, à la page 544.

66. C. PÉNY, préc., note 64, p. 581.

67. Lire Michel VAN DE KERCHOVE, « Discours juridique et discours psychiatrique. Aux sources de la loi de défense sociale », *Dr. et Soc.*, 1986.3.279.

68. Michel FOUCAULT, « L'évolution de la notion d'"individu dangereux" dans la psychiatrie légale », *Déviance et société*, vol. 5, n° 4, 1981, p. 403, à la page 404 ; Jean MAVIEL et Patrick FINO, « Le droit à l'envers », *Dr. et Soc.*, 1986.3.261.

69. Michel FOUCAULT, *Le pouvoir psychiatrique. Cours au Collège de France (1973-1974)*, Paris, Gallimard/Seuil, 2003, p. 132. Soulignons que certains remettent en question cette lecture de l'histoire psychiatrique. Lire, par exemple, Claude QUÉTEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, Paris, Tallandier, 2009, p. 89-98.

strictement thérapeutique à la fonction cumulative experte est central. Il permettra notamment l'imposition du discours psychiatrique sur l'anormal en tant que discours normatif, en particulier par le truchement du droit⁷⁰ : d'abord, parce que le droit garantit la place du sujet dans l'organisation sociale ; ensuite, parce que la reconnaissance du psychiatre comme expert à travers les lois, les politiques publiques et l'arène judiciaire impose son discours comme une vérité⁷¹ ; finalement, parce que « le *recodage médical* de la psychiatrie opère par la jonction du juridique et de l'organique⁷² » au sein du système juridique lui-même. Ainsi, la reconnaissance symbolique de l'expert est avantageuse de deux manières : pour le politique, en premier lieu, puisque, dans le rôle particulier d'expert de la maladie mentale, le psychiatre apporte la caution scientifique nécessaire à la légitimation d'une loi ou d'une politique d'exception et, par extension, à la confirmation de l'État en tant que garant du bien public, servant de « couverture⁷³ » ; pour les psychiatres, en second lieu, en tant que groupe professionnel dont le discours est légitimé à travers la reconnaissance sociale qu'offrent les différents appareils étatiques. Pour Robert Castel, c'est en fait une « heureuse coïncidence », par laquelle « une suture sans faille entre jugements de faits et jugements de valeurs » cristallise l'alliance de la psychiatrie et du politique par l'intermédiaire de l'expertise : « il est positivement nécessaire d'isoler un malade en vertu de son état de malade, et il est socio-politiquement nécessaire de le séquestrer en vertu de la dangerosité qu'il exhibe⁷⁴ ».

2.2 Les manifestations contemporaines de la norme

Depuis quelques décennies, ce serait par l'utilisation systématique de la classification des pathologies proposée par l'American Psychiatric Association (APA), par l'entremise du *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM)⁷⁵, comme instrument diagnostique utilisé par les psychiatres — mais également par d'autres professionnels, tels les chercheurs, les tribunaux, les compagnies d'assurances et les gouverne-

70. Emmanuelle BERNHEIM, « Une tension normative irréconciliable. Les discours psychiatrique et juridique sur le risque psychiatrique », (2009-10) 40 *R.D.U.S.* 31.

71. M. FOUCAULT, préc., note 43, p. 3-27 (cours du 8 janvier 1975) et S. CHASSAGNARD-PINET, préc., note 8, à la page 160.

72. R. GORI et M.-J. DEL VOLGO, préc., note 10, p. 225.

73. Robert CASTEL, *Le psychanalyse*, Paris, Librairie François Maspero, 1973, p. 229.

74. Robert CASTEL, « Savoirs d'expertise et production de normes », dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), préc., note 44, p. 177, à la page 182.

75. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, Washington, American Psychiatric Association, Mental Hospital Service, 1952. Trois éditions se sont succédé après 1952, soit en 1968, en 1980 et en 1994 ; ces éditions ont également été l'objet d'éditions « révisées » en 1987 et en 2000. La cinquième édition doit paraître en 2013.

ments⁷⁶—, que le discours sur l'anormal se serait d'abord structurellement diffusé en société⁷⁷. La nosologie, en tant que codification du discours normatif sur la folie, a pour objet d'imposer une hiérarchie sociale entre le normal et l'anormal, comme le laisse paraître cet extrait de l'introduction du DSM : « la définition du *trouble mental* qui a été incluse dans le DSM-III et le DSM-III-R est reprise ici parce qu'elle est aussi utile que n'importe quelle autre définition et qu'elle nous a aidés à choisir quelles affections, à la limite entre la normalité et la pathologie, devraient être incluses dans le DSM-IV⁷⁸ ».

C'est ainsi que la définition retenue sert à trier les manifestations de folie et, ultimement, à trancher entre le sain et le pathologique, entre le normal et l'anormal. En conséquence, elle constitue une *norme de l'anormal*⁷⁹, dont le psychiatre, à titre d'expert, est le principal protagoniste. En effet, si l'« anormalité » du comportement⁸⁰—et le risque de passage à l'acte associé—dépasse les critères d'ordre strictement médical, et pourrait vraisemblablement être constatée par plusieurs types de professionnels⁸¹, l'expertise du psychiatre reste pourtant toujours essentielle, car il est le seul à pouvoir poser un diagnostic et à prescrire la médication appropriée⁸². Dans cette perspective, nous observons, à la fois dans la jurisprudence et dans la littérature, la tendance à déléguer aux psychiatres la responsabilité

76. Rick MAYES et Allan V. HORWITZ, « DSM-III and the Revolution in the Classification of Mental Illness », *Journal of the History of the Behavioral Sciences*, vol. 41, n° 3, été 2005, p. 249, à la page 265.

77. Jacques GASSER et Michael STIGLER, « Diagnostic et clinique psychiatrique au temps du DSM », dans Alain EHRENBURG et Anne M. LOVELL (dir.), *La maladie mentale en mutation. Psychiatrie et société*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2001, p. 229, à la page 239.

78. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM-IV-TR. Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, texte révisé, Paris, Masson, 2003, p. XXXV.

79. Louise BLAIS, « Savoir expert, savoirs ordinaires : qui dit vrai ? Vérité et pouvoir chez Foucault », *Sociologie et sociétés*, vol. 38, n° 2, 2006, p. 151, à la page 151, précise que le DSM sert aujourd'hui d'« étalon de la "santé mentale" ».

80. Il faut comprendre ce terme dans un sens extrêmement large : Marcelo OTERO et Daphné MORIN, « À la recherche de la dangerosité mentale. Une nouvelle forme de régulation de la conflictualité et de la vulnérabilité psychosociales », dans Shirley ROY et Roch HURTUBISE (dir.), *L'itinérance en questions*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2007, p. 129.

81. En effet, « [l]e risque est défini par la présence d'un [critère] ou d'une association de critères, les uns d'ordre médical, les autres d'ordre social ». Dans ce contexte, pourquoi le psychiatre serait-il le seul dont l'opinion experte serait reconnue ? Robert CASTEL, *La gestion des risques. De l'anti-psychiatrie à l'après-psychanalyse*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1981, p. 131.

82. C'est le cas en vertu de la *Loi médicale*, L.R.Q., c. M-9, art. 31.

d'évaluer et de proposer des solutions⁸³, l'opinion psychiatrique étant synonyme de *meilleur intérêt*⁸⁴.

Outre l'usage répandu des catégories et des critères diagnostiques psychiatriques, le développement du concept de « santé mentale⁸⁵ » — comme glissement conceptuel — a permis une récupération et une diffusion du savoir psychiatrique, mais également, et surtout, le dépassement de son cadre par une opération de « dé-scientification » qui a deux résultats. Le premier consiste en une meilleure compréhension populaire du discours médical dans une visée adaptative à la vie quotidienne, qui se reflète dans le contrôle personnel et le contrôle social informel. Le second est la psychiatisation de certains phénomènes sociaux plus ou moins problématiques, dans un objectif de contrôle, formel ou non. Ainsi, la norme, en raison de son indétermination, ne concerne plus que les « anormaux ». Alain Ehrenberg parle de ce changement épistémique comme du « grand renversement » : « La notion de santé mentale désigne un spectre de problèmes qui va du développement personnel [...] afin d'améliorer ses performances ou son équilibre psychologique [...] aux psychoses adultes et infantiles. La notion est donc si large qu'elle en est *indéterminée*⁸⁶. »

Il s'ensuit que la question de la santé mentale concerne toutes les institutions sociales, publiques et privées, et non plus seulement l'asile⁸⁷, et qu'il est devenu acceptable — voire encouragé — que tous tiennent un discours sur la santé mentale⁸⁸. Ce faisant, la *norme de l'anormal*, intériorisée, se voit en quelque sorte diluée dans un mouvement global de médicalisation⁸⁹ qui

83. E. BERNHEIM, préc., note 28.

84. « As a result, people "could be hospitalized and treated on a compulsory basis if this would protect or promote their best interests and welfare" » : Katherine BROWN et Erin MURPHY, « Falling through the Cracks : The Quebec Mental Health System », (2000) 45 *R.D. McGill* 1037, 1047, à la note 27, citant Gerald B. ROBERTSON, *Mental Disability and the Law in Canada*, 2^e éd., Scarborough, Carswell, 1994, p. 386.

85. D'après Marcelo OTERO et Dahlia NAMIAN, « Le succès psychiatrique de la dépression : du discret mécanisme de défense au trouble de l'humeur épidémique », dans H. SANI YAYA (dir.), préc., note 39, p. 375, à la page 376, les psychiatres ne sont pas les seuls responsables de ce développement : ces auteurs désignent également la sociologie, l'histoire de la culture et l'anthropologie comme des disciplines engagées dans le processus de par leurs activités scientifiques.

86. Alain EHRENBURG, « Le grand renversement », *Annales médico-psychologiques*, vol. 163, nos 3 et 4, avril/mai 2005, p. 364, à la page 364.

87. Alain EHRENBURG et Anne M. LOVELL, « Pourquoi avons-nous besoin d'une réflexion sur la psychiatrie ? », dans A. EHRENBURG et A.M. LOVELL (dir.), préc., note 77, p. 9. En fait, les problématiques de santé mentale seraient de plus en plus définies comme des « handicaps » réduisant les possibilités sociales : M. OTERO, préc., note 9, p. 140.

88. Ainsi, les psychiatres perdent le contrôle du discours : R. CASTEL, préc., note 81, p. 19.

89. Sur la médicalisation, lire D. FASSIN, préc., note 7.

tend à faire oublier ses fondements — le discours scientifique — et à en faire une idéologie, un discours qui n'appartient plus à personne et qui « défini[t] la vie sociale, [e]n trac[e] les limites, [e]n interprèt[e] les problèmes et [e]n indiqu[e] les solutions⁹⁰ », emportant une psychiatrisation du social dont les relais sont potentiellement tous les acteurs de la société civile. Il s'ensuit que, si l'hypothèse de l'existence d'une *norme de l'anormal* est exacte, il faut se demander comment elle peut cohabiter concrètement avec les autres formes de normativité. Prend-elle vie, devient-elle action ? Si oui, comment s'articule-t-elle dans un système normatif pluriel où le droit psychiatrique prétend dicter la règle à suivre ?

3 L'hypothèse posée et la démarche méthodologique adoptée

3.1 L'hypothèse posée

Dans le contexte de notre recherche, le pluralisme normatif doit être conceptualisé comme un ensemble de normes complexes, issues de diverses sources et s'imposant avec une *force* variable, dont les substances peuvent se faire face, voire se heurter. C'est cette pluralité de substances, parfois, nous l'avons vu, au sein d'une même norme, qui place l'individu devant un choix.

Conformément à cette posture épistémique, les normes sont mobilisées par les juges ou les psychiatres lorsqu'elles sont susceptibles d'objectiver leur lien social avec les personnes souffrant de maladie mentale. Notre hypothèse générale est que la mobilisation des normes par l'acteur dépend directement de la « pression juridique » exercée sur lui. Autrement dit, moins la norme juridique propose un encadrement rigide, plus l'individu aura tendance à opter pour d'autres normes de référence. Aux fins de la présente réflexion, nous retenons trois types de normes⁹¹.

La *norme formelle*, ainsi que la sanction qui l'accompagne, est énoncée par l'État ou par une institution à laquelle il a délégué le pouvoir de légiférer. Il s'agit donc principalement de lois et de règlements officiels, évidemment explicites. La sanction prend la forme d'une sanction sociale formelle, expressément prévue par la norme et appliquée par les agents étatiques. L'individu s'y conforme par rationalité cognitive, parce qu'il adhère au contenu de la norme, ou encore par rationalité intéressée, pour éviter la sanction.

90. D. LAPEYRONNIE, préc., note 41, à la page 524.

91. À noter que nous avons mis en évidence cinq types de normes dans notre modèle initial. Voir E. BERNHEIM, préc., note *, p. 293 et suiv.

La *norme subjective* correspond à la morale, aux opinions personnelles, mais également à la codétermination de la norme formelle⁹², voire au phénomène d'intériorisation. Cette norme est intrinsèquement tacite, c'est-à-dire généralement non dévoilée, mais l'individu peut choisir de l'exprimer, principalement pour expliquer ses raisons d'agir. Les sanctions éventuelles viennent de l'individu lui-même et elles peuvent ou non avoir été déterminées à l'avance. Il s'agit du contrôle personnel. Le sujet agit ici conformément à ses principes, soit en fonction de la rationalité axiologique.

La *norme de l'anormal*, en raison notamment de l'absence d'émetteur clair, mais également de sa large diffusion, pourrait être mobilisée de plusieurs façons. Elle pourrait d'abord, nous l'avons vu, faire intrinsèquement partie du droit posé ou de l'interprétation qui en est faite⁹³. Elle pourrait également faire partie de normes subjectives, plus particulièrement de la morale. Aux fins de l'analyse, les manifestations concrètes de la *norme de l'anormal* dans le discours des acteurs sont le statut des psychiatres en tant que seuls experts de la maladie mentale, le caractère bénéfique de l'hospitalisation et des soins ainsi que l'application du principe du meilleur intérêt du patient psychiatrique⁹⁴.

Tableau 1
Caractéristiques des trois types de normes étudiées

	Norme de l'anormal →	
	Norme formelle	Norme subjective
Nature/Producteur	État ou délégation de l'État	Morale, opinion et codétermination
Forme	Explicite	Tacite
Sanction	Étatique ou par délégation	Autopunition
Rationalité	Rationalité cognitive ou intéressée	Rationalité axiologique

Aux fins de notre recherche, nous avons choisi comme objet les procédures concernant la garde en établissement et l'autorisation de soins, qui mettent en scène, dans la perspective du choix normatif, deux acteurs dont la formation, les objectifs professionnels et les contextes de pratique sont en partie opposés : les juges d'abord, dont les objectifs concernent, en

92. C'est le sens qu'attribuent conjointement à la norme subjective l'émetteur et le récepteur de cette norme : Gérard TIMSIT, *Archipel de la norme*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 20 et 244.

93. Nous postulons d'ailleurs que l'incorporation, en tout ou en partie, de la *norme de l'anormal* dans le droit crée diverses tensions au sein du droit : voir E. BERNHEIM, préc., note *, p. 270 et suiv. ; E. BERNHEIM, préc., note 70.

94. K. BROWN et E. MURPHY, préc., note 84.

plus de la protection des droits de la personne, la protection du défendeur dangereux et de la société—dans le cas de la garde en établissement—ou la protection du défendeur inapte à consentir aux soins—concernant l'autorisation de soins ; les psychiatres, ensuite, à l'origine des requêtes, pour qui les objectifs cliniques, les obligations déontologiques et le meilleur intérêt du patient priment.

Selon notre cadre opératoire, en matière de garde en établissement, en raison de la structure du cadre juridique, les juges de la Cour du Québec auraient tendance à appliquer la règle juridique strictement, et notamment la procédure. En matière d'autorisation de soins, les juges de la Cour supérieure, au contraire, étant donné l'absence de balises juridiques, seraient plutôt dans une posture pragmatique, évaluant les espèces au cas par cas. Les psychiatres, enfin, en raison de leur rôle de soignant et de leurs obligations déontologiques, seraient dans une logique d'« exigence de justice⁹⁵ », un processus de décision éthique par lequel « le médecin [est] guidé par le meilleur intérêt du patient et les traitements qu'il propose sont le fruit d'une évaluation soignée des risques encourus et des bienfaits espérés⁹⁶ ».

3.2 De la nécessité d'une démarche de sciences sociales

Pour répondre à nos questions, nous avons opté pour un point de vue externe, par lequel le droit et les normes sont appréhendés en tant qu'objets de recherche⁹⁷ situés dans un cadre social, politique, économique⁹⁸. Ce regard externe sur le droit n'est possible qu'en adoptant une posture épistémique de sciences sociales par laquelle est mobilisé un appareil conceptuel et théorique qui permet une systématisme dans la documentation de la question, la collecte des données et l'analyse, mais aussi dans l'organisation du travail de recherche autour d'une hypothèse et d'un modèle⁹⁹. L'application d'une telle démarche méthodologique comporte plusieurs avantages.

Le premier avantage concerne la position objective du chercheur, puisque, bien que notre recherche porte sur le droit et sur les normes, elle n'a pas le caractère normatif que peut avoir une recherche juridique. Il

95. Pierre LE COZ, *Petit traité de la décision médicale. Un nouveau cheminement au service des patients*, Paris, Éditions du Seuil, 2007, p. 30.

96. Suzanne NOOTENS, « La relation médecin-patient et les décisions de traitement », (1989-90) 20 *R.D.U.S.* 377, 381.

97. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), préc., note 44, p. 67, à la page 73.

98. G. ROCHER, préc., note 3, p. 52.

99. La modélisation, ou typification, consiste en la construction scientifique d'un « type *pur* [...] d'un phénomène se manifestant avec une certaine fréquence » : M. WEBER, préc., note 52, p. 8.

n'est pas question de décrire le droit, ou encore de dire ce qu'il devrait être, mais plutôt de mieux comprendre comment son existence est possible et surtout ce que sa mobilisation ou son absence de mobilisation signifie pour les acteurs replacés dans leur contexte. Dans cette perspective, l'application d'un processus scientifique¹⁰⁰ constitue un cadre structurant pour la collecte, l'interprétation et l'analyse des données. Ce cadre préserve jusqu'à un certain point le chercheur d'éventuelles dérives interprétatives, bien que le sens attribué par les participants à la recherche aux situations étudiées demeure un construit et non un accès direct à la pensée des sujets de recherche¹⁰¹. Il faut cependant accepter cette limite du travail intellectuel qui, sous cet aspect, influe sur tous les champs de la connaissance.

Le second avantage de la structure que permet la démarche méthodologique de sciences sociales touche à la réalisation même d'un tel projet. C'est en effet par un mode particulier et spécifique de problématisation, de collecte et d'analyse de données que de telles hypothèses peuvent émerger puis être vérifiées.

Au regard de l'étude du « droit vivant », la recherche empirique nous semble un mode de collecte de données particulièrement approprié. C'est la seule en effet qui permet d'accéder aux objectifs poursuivis par les individus dans la mobilisation des normes, mais aussi de faire des liens entre droit et rôle social ainsi qu'entre droit et lien social. Soulignons qu'au-delà du questionnement théorique, cependant, le dévoilement des conditions de mobilisation et d'application des normes et, incidemment, des faiblesses matérielles ou paradigmatiques du droit, pourrait servir, dans un mouvement réflexif, à adapter la production juridique en fonction des objectifs poursuivis.

3.3 La démarche méthodologique adoptée

À toutes les étapes de notre recherche, nous avons adopté une posture qualitative, compréhensive et réflexive, idéale pour l'étude de phénomènes complexes impliquant divers éléments, humains ou non, que le chercheur

100. Il s'agit plus précisément d'un processus en trois étapes. La première, pour laquelle nous avons eu recours aux entretiens avec les acteurs visés dans les cas étudiés, consiste à comprendre les conventions explicites et implicites du discours normatif. La deuxième étape permet de réintégrer ces conventions dans leur contexte pour les expliquer : c'est dans cette perspective que nous avons été observer les acteurs, au cœur de leur configuration, soit au palais de justice. La troisième étape, celle de l'analyse, suppose la réinterprétation globale des conventions.

101. Joseph A. MAXWELL, « Understanding and Validity in Qualitative Research », dans A. Michael HUBERMAN et Matthew B. MILES, *The Qualitative Researcher's Companion*, Thousand Oaks, Sage Publication, 2002, p. 37, à la page 49.

ne contrôle pas. Une des caractéristiques fondamentales de la recherche qualitative est en effet de tenter de « capter des données sur les perceptions des acteurs [...] « de l'intérieur » », dans une perspective holiste¹⁰². La démarche entreprise est celle de l'étude de cas¹⁰³, plus particulièrement la comparaison de cas multiples.

Nous avons entrepris une recherche empirique en alliant diverses méthodes de collecte de données¹⁰⁴. La multiplication des sources de données, spécialement leur triangulation, permet d'éviter les éventuels biais introduits par une perspective unique¹⁰⁵ et de contourner certaines difficultés liées à la validité interne et externe de la recherche qualitative¹⁰⁶, l'information alors recueillie n'étant que partielle et ne représentant jamais toute la réalité d'un cas¹⁰⁷.

-
102. La perspective holiste met en relation la logique, les arrangements ainsi que les règles implicites et explicites du contexte d'étude : Matthew B. MILES et A. Micheal HUBERMAN, *Analyse des données qualitatives*, 2^e éd., Bruxelles, De Boeck Université, 2003, p. 21.
103. « L'étude de cas est une stratégie de recherche empirique qui permet d'étudier des phénomènes contemporains dans la réalité où les frontières entre le phénomène et son contexte ne sont pas toujours claires et où il faut habituellement utiliser des sources multiples d'information et d'évidence » : Gordon MACE et François PÉTRY, *Guide d'élaboration d'un projet de recherche*, 2^e éd., Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000, p. 80. Voir également Simon N. ROY, « L'étude de cas », dans Benoît GAUTHIER (dir.), *Recherche sociale. De la problématique à la collecte des données*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009, p. 199, à la page 206.
104. Pour Norman K. DENZIN et Yvonna S. LINCOLN, « The Discipline and Practice of Qualitative Research », dans N.K. DENZIN et Y.S. LINCOLN, *The Sage Handbook of Qualitative Research*, 3^e éd., Thousand Oaks, Sage, 2005, p. 1, à la page 4, le chercheur est un « bricoleur » qui assemble les données issues de méthodes de collecte différentes sur le principe de la courtépente.
105. Derek LAYDER, *New Strategies in Social Research. An Introduction and Guide*, Cambridge, Polity Press, 1993, p. 121. La triangulation ne permet pas systématiquement de renforcer les résultats de recherche initiaux, et incidemment d'augmenter la validité des données, puisque celles-ci peuvent se révéler contradictoires, mais elle constitue néanmoins un moyen d'atteindre un certain niveau de fiabilité : M.B. MILES et A.M. HUBERMAN, préc., note 102, p. 482.
106. La validité interne se rapporte au processus formel de traitement des données et plus particulièrement à la représentativité de l'échantillonnage qui permet de tirer des conclusions fiables : G. MACE et F. PÉTRY, préc., note 103, p. 83. La validité externe concerne la généralisation des résultats de recherche (*id.*). La question de la validité externe des résultats de recherche qualitative est rejetée par de nombreux chercheurs du domaine. « For researchers doing work of this sort, the goal is to describe a specific group in fine detail and to explain the patterns that exist, certainly not to discover general laws of human behavior » : Janet WARD SCHOFIELD, « Increasing the Generalizability of Qualitative Research », dans A.M. HUBERMAN et M.B. MILES, préc., note 101, p. 171, à la page 173.
107. S.N. ROY, préc., note 103, à la page 207 ; J.A. MAXWELL, préc., note 101, à la page 47.

Parmi les différentes méthodes possibles, nous avons retenu celles qui nous mettaient le plus efficacement en contact avec la subjectivité des sujets de recherche et leur processus décisionnel, mais également avec la dynamique sociale en cause. Nous avons, dans un premier temps, rencontré les informateurs pour des entretiens semi-dirigés. Dans un deuxième temps, nous avons procédé à des observations directes en salle d'audience à la Cour du Québec et à la Cour supérieure, dans le district judiciaire de Montréal. À cette occasion, nous avons également pu recueillir de l'information émanant de tous les types de participants à la *configuration* étudiée, sous la forme d'entretiens brefs non directifs. Nous avons également pu, à quelques reprises, consulter les rapports psychiatriques produits en preuve. Enfin, dans un troisième temps, nous avons rencontré, à des fins complémentaires, des acteurs gravitant autour des sujets de recherche ; les rencontres ont eu lieu sous forme d'entretiens non directifs ou de groupes de discussion. Ces données nous ont servi à confirmer notre interprétation des données principales ou à les compléter.

Tableau 2
Échantillon

DONNÉES PRINCIPALES			DONNÉES COMPLÉMENTAIRES		
Type de donnée	Type d'informateur*	Nombre	Type de donnée	Type d'informateur**	Nombre
Entretien	Juges CQ	7	Entretien	Juges CA	2
Entretien	Juges CS	8	Entretien	Psychiatres	3
Entretien	Psychiatres	7	Entretien	Infirmier	1
Observation	Juges CQ	5	Entretien	Juge TAQ	1
Observation	Juges CS	4	Entretien	Avocat	1
Observation	Psychiatres	10***	Groupe de discussion	Avocats	3

* CQ: Cour du Québec; CS: Cour supérieure.

** CA: Cour d'appel; TAQ: Tribunal administratif du Québec.

*** Les rencontres ont eu lieu lors des audiences pour autorisation de soins à la Cour supérieure.

Nous nous référons successivement à nos entretiens et à nos observations mené auprès de la Cour du Québec, de la Cour supérieure et de la Cour d'appel en fonction d'un système de numérotation et d'anonymisation des comptes rendus exhaustifs (*verbatim*) des entretiens puis des notes d'observation.

4 Les résultats de recherche: les «révélation»¹⁰⁸ du terrain en matière de droit vivant

Lors de l'analyse des données empiriques, nous avons repéré dans le discours et la pratique des informateurs les traces des différentes normativités présentes dans notre modèle¹⁰⁹. La recherche empirique a cependant révélé une complexité que nous n'attendions pas. Pour la présente réflexion, nous avons choisi de retenir deux éléments fondamentaux. Le premier concerne la place effective de la structure du cadre juridique dans le cheminement décisionnel; le second, l'importance du rôle social dans lequel l'individu se projette lorsqu'il prend une décision à caractère normatif. Nous avons émis comme hypothèse de recherche que la structure du cadre juridique serait le corollaire du rôle effectif de la norme formelle dans la prise de décision: plus le cadre juridique serait structuré et clair, plus la décision serait conforme au droit. Or, nous avons réalisé que non seulement la structure *cadrante* du droit n'a pas d'impact sur la conformité des décisions aux prescriptions juridiques, mais que c'est plutôt dans la conception symbolique de son propre rôle, et au sens qu'il attribue à son action, que l'acteur se positionne dans le choix normatif. Autrement dit, la mobilisation des normes dépend de l'engagement de l'individu dans le lien social. Pour illustrer nos propos, nous avons choisi de rendre compte de nos résultats à l'égard de la norme formelle et de la *norme de l'anormal*.

108. L'expression est empruntée à Pierre BOURDIEU, «Comprendre», dans P. BOURDIEU et autres (dir.), *La misère du monde*, Paris, Éditions du Seuil, 1993, p. 903, à la page 922:

Par la vertu de l'exemplification, de la concrétisation et de la symbolisation qu'ils opèrent et qui leur confèrent parfois une intensité dramatique et une force émotionnelle proche de celle du texte littéraire, les entretiens transcrits sont en mesure d'exercer un effet de *révélation*, tout particulièrement sur ceux qui partagent telle ou telle de leurs propriétés génériques avec le locuteur. À la façon des paraboles du discours prophétique, ils permettent de livrer un équivalent plus accessible d'analyses conceptuelles complexes et abstraites.

109. Pour systématiser l'analyse, nous avons construit un cadre théorique permettant d'appréhender la complexité du processus décisionnel subjectif, notamment à travers les concepts d'individualisme, de système de raisons, de rationalité, de configuration et d'intermonde. Nous nous sommes notamment inspirée des auteurs suivants: N. ÉLIAS, préc., note 2; Raymond BOUDON, *Raison, bonnes raisons*, Paris, Presses universitaires de France, 2003; Raymond BOUDON, «La "rationalité axiologique": une notion essentielle pour l'analyse des phénomènes normatifs», *Sociologie et sociétés*, vol. 1, n° 1, printemps 1999, p. 103; Danilo MARTUCCELLI, *La consistance du social. Une sociologie pour la modernité*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2005; Patrick PHARO, *Le sens de l'action et la compréhension d'autrui*, Paris, Éditions L'Harmattan, 1993; Georg SIMMEL, «Digression sur le problème: Comment la société est-elle possible?», dans Pierre WATIER (dir.), *Georg Simmel. La sociologie et l'expérience du monde moderne*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1986, p. 21.

Étant donné la nature de nos résultats, nous ne ferons pas de différence entre les juges de la Cour du Québec et ceux de la Cour supérieure.

4.1 La norme formelle¹¹⁰

Un des premiers constats que nous avons été amenée à faire concerne l'absence de perspective systémique et globale sur le droit, et ce, chez les juges et chez les psychiatres. Pourtant, le principe de la cohérence est élémentaire tant en interprétation qu'en théorie du droit¹¹¹. Ainsi, interrogés sur le contenu du droit applicable, nos informateurs n'en ont généralement présenté qu'une portion. Pour la plupart d'entre eux, la régulation du champ par des mécanismes juridiques est nécessaire en raison de l'atteinte aux droits à la liberté, à l'autodétermination et à l'intégrité que représentent la garde en établissement ou l'autorisation de soins. Cependant, peu d'informateurs affirmaient mettre en balance les droits en jeu et le besoin de protection, voire un certain droit à la protection. Il semblerait plutôt que l'impératif de protection prime presque naturellement sur les droits, la garde en établissement et l'autorisation de soins étant perçues comme un *moindre mal*. C'est ce qu'exprime sans détour un juge de la Cour d'appel, d'abord au sujet des psychiatres puis des juges d'instance :

Il arrive un moment où c'est de la détention. Alors il faut être conscient de ça, et les impératifs médicaux ou psychiatriques doivent absolument tenir compte de l'idée de liberté [...] Il me semble qu'au nom du bien de l'individu qu'on cherche à protéger, on oublie que cette mesure de protection aura un effet attentatoire à sa liberté et que, par conséquent, ça ne peut pas être traité avec désinvolture. Enfin, une désinvolture juridique, je dirais¹¹².

L'intervention judiciaire se justifie pourtant le plus souvent aux yeux de nos informateurs par la nécessité de protéger les droits fondamentaux¹¹³. Pour plusieurs des psychiatres que nous avons rencontrés, le moment de

110. Dans cette partie et malgré la terminologie retenue dans notre modèle, nous ferons référence indifféremment aux termes suivants : « norme formelle » ou « droit ».

111. Pierre-André CÔTÉ avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009 ; Niklas LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, traduit par Lukas K. SOSOE, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2001 ; Gunther TEUBNER, *Le droit : un système autopoïétique*, Paris, Presses universitaires de France, 1993.

112. Cour d'appel 2 ; E. BERNHEIM, préc., note *, p. 522.

113. Voir, par exemple, Cour supérieure 3 :

Le droit n'est pas un outil idéal pour ça, mais en même temps le droit a sa place parce qu'il est question de priver des gens de leurs droits. Il est question de limiter. Entre vous et moi, peut-être que la médecine connaît mieux la maladie, mais ce n'est pas vrai qu'on va leur donner tout le... On l'a fait assez longtemps dans notre société, puis Dieu sait que ça n'a pas toujours donné des bons résultats !

Voir *id.*, p. 521 et suiv., 582 et suiv et 623 et suiv.

l'audience représente jusqu'à un certain point un *moment citoyen* par lequel les patients psychiatriques peuvent à la fois faire valoir leur point de vue et revendiquer leurs droits¹¹⁴. Dans cette perspective, les juges constituent les gardiens ultimes des droits et libertés¹¹⁵. Pourtant, hormis les droits judiciaires¹¹⁶, nous avons souvent observé, tant dans le discours que dans la pratique des juges, l'absence de références claires aux dispositions précises concernant les droits de la personne¹¹⁷. À cet égard, nous avons pu faire plusieurs constatations importantes lors de nos observations. D'abord, le fait que les juges entendent beaucoup de causes où le défendeur est absent sans que personne ne sache pour quelle raison¹¹⁸ et ensuite, le fait que, de manière générale, les droits des défendeurs ne sont pas plaidés par les avocats qui les représentent¹¹⁹. Quant à l'attitude des juges, elle consiste le plus souvent à ne pas faire mention des droits civils et fondamentaux du défendeur, et ce, même lorsque celui-ci n'est pas représenté.

De la même manière, aucun lien n'est établi entre la protection des droits et l'application de la procédure. L'interprétation des dispositions procédurales en matière d'intégrité—bien que ces dernières fassent l'objet d'un chapitre particulier du *Code de procédure civile* et que les requêtes

114. Voir, par exemple, Psychiatre 3 :

La personne pour qui on fait une demande de garde ou de soins demeure une personne. C'est un citoyen comme n'importe qui, il a ses droits et ses libertés. Je le mentionne souvent aux patients qui ne sont pas d'accord avec la décision, de demander au juge c'est quoi son avis, lui, là-dessus, sur la situation de cette personne-là qui a une psychopathologie, dans une situation complexe, de voir un peu est-ce que les droits sont bafoués. Nous on prend une décision clinique, mais c'est sûr qu'on n'est pas des experts non plus au niveau du droit.

115. C'était d'ailleurs la perspective affirmée au moment des travaux parlementaires sur la *Loi sur la protection des personnes atteintes de maladie mentale et modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 1997, c. 75. « [L]e dernier garde-fou qu'on a, c'est que la décision finale, c'est le juge qui la prend » : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Commission permanente des affaires sociales, 2^e sess., 35^e légis., 5 décembre 1997, « Étude détaillée du projet de loi n° 39 – *Loi sur la protection des personnes atteintes de maladie mentale et modifiant diverses dispositions législatives* (2) », p. CAS-100, à la page 2 (M. Rochon).

116. Lorsqu'un défendeur n'est pas représenté, les juges lui offrent systématiquement la possibilité de communiquer avec un avocat et remettent la cause dans les cas où ce dernier accepte. Bien qu'ils soient fondamentaux, ces droits ne constituent cependant qu'un aspect du domaine des droits visés par la judiciarisation de l'internement et des soins psychiatriques. Ils représentent de plus un champ des droits communs avec celui de la pratique civile « ordinaire ».

117. Cela touche tant la Charte que les dispositions du Code civil, excepté pour Cour du Québec 3 et Cour supérieure 4.

118. Le procureur de l'hôpital est bien souvent dans l'impossibilité de justifier l'absence du défendeur.

119. E. BERNHEIM, préc., note *, p. 435 et suiv.

relatives à l'intégrité aient préséance sur toute autre demande à l'exception des requêtes en *habeas corpus*¹²⁰ — est la même que pour toute disposition procédurale. Il existe à cet égard certaines transpositions de concepts de procédure civile « régulière » à la garde en établissement ou à l'autorisation de soins. Notamment, l'absence des défendeurs est expliquée par le fait que ceux-ci ne contestent pas le bien-fondé de la requête : on dit que la cause est « non contestée »¹²¹. Ainsi, la procédure sert avant tout à faciliter la gestion d'instance et elle semble facilement mise de côté lorsque l'intérêt du défendeur est en cause¹²².

Dans une perspective sociologique, nos données nous permettent de dégager quatre types de rapport à la norme formelle, allant de l'adhésion de principe à l'instrumentalisation¹²³. À la lumière de nos résultats de recherche, nous avons créé une typologie où nous lions la conception que l'acteur a de son rôle et son rapport au droit sous la forme de *postures décisionnelles*.

La force que l'individu reconnaît à la norme formelle dépend, dans les faits, de la possibilité de jouer son rôle en mobilisant le droit. Il s'ensuit que l'application de la norme est optimale lorsque l'individu lui reconnaît une double force symbolique¹²⁴ et pratique, soit la possibilité pour la norme d'évoquer et de matérialiser simultanément le rôle personnel. Dans notre recherche, malgré une conception morcelée du droit qui leur est commune, la différence entre juges et psychiatres réside principalement dans la compréhension qu'ils ont de leur rôle par rapport soit au patient psychiatrique, soit au défendeur. Chez l'ensemble des psychiatres que nous avons rencontrés, l'intervention auprès d'un patient par l'entremise de mesures comme la garde en établissement ou l'autorisation de soins se trouve sur un continuum d'interventions cliniques. Dans ce genre de décision, le psychiatre conçoit son rôle comme celui qu'il joue habituellement,

120. *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. 25, art. 774 et suiv.

121. Cela fait référence à l'article 192, alinéa 1 du *Code de procédure civile* selon lequel, lorsque le défendeur fait défaut de comparaître, la cause peut être inscrite pour jugement par défaut.

122. Voir, par exemple, Cour du Québec 1 : « Je ne devrais pas dire ça, mais je le dis : je ne m'enfarge pas dans la procédure, moi. Ce qui va me chercher, c'est l'individu. Si l'individu a besoin de rester là parce qu'il est vraiment manifestement dangereux pour lui-même, moi qu'il n'ait pas été signifié dans les délais, ou que la garde préventive soit expirée de 24 heures... » Voir E. BERNHEIM, préc., note *, p. 510 et suiv. et 568 et suiv.

123. *Id.*, p. 698.

124. Lire Pierre NOREAU, « De la force symbolique du droit », dans C. THIBIERGE et autres (dir.), préc., note 4, p. 137.

c'est-à-dire celui d'un soignant. Il évalue donc les intérêts cliniques du patient, la volonté exprimée, les bénéfices et les risques liés à la mise en place, ou non, de la mesure envisagée, ainsi que ses propres obligations¹²⁵. Dans cette évaluation spécifique, où les principes de l'éthique appliquée sont mis en pratique¹²⁶, la norme formelle ne peut jouer qu'un rôle instrumental par un appui symbolique à une décision de nature subjective (*posture déontologique*). Le droit n'est ici qu'un instrument par lequel le psychiatre peut arriver à ses fins cliniques, tandis que la forme et les concepts juridiques peuvent être utilisés à des fins différentes des objectifs initiaux¹²⁷.

Le cas des juges est plus complexe puisque nous avons pu constater trois rapports au droit qui révèlent trois formes de compréhension du rôle du juge en ces matières, la première étant le maintien du rôle habituel du juge, alors que les deux autres témoignent d'un rôle exceptionnel¹²⁸. Lorsque le juge conçoit son rôle dans ces matières comme celui qu'il joue habituellement dans les instances civiles, le droit est conceptualisé comme un *outil*. Autrement dit, c'est par l'application *mécanique* de critères comme la prépondérance de la preuve qu'il prend ses décisions (*posture legaliste*). Lorsque le juge conçoit son rôle comme celui de protecteur des droits de la personne, c'est également par la mobilisation du droit qu'il arrivera à ses fins, mais il appliquera les dispositions substantives, et parfois les précédents, au cas par cas (*posture pragmatique*)¹²⁹. Lorsque le juge conçoit son rôle comme celui de protecteur d'un défendeur vulnérable, le droit n'a plus qu'une valeur symbolique : il ne fait que conférer au juge une compétence (*posture empathique*)¹³⁰.

125. E. BERNHEIM, préc., note *, p. 655 et suiv.

126. Lire Georges A. LEGAULT, *Professionnalisme et délibération éthique. Manuel d'aide à la décision responsable*, Québec, Presses universitaires du Québec, 2006, p. 87 et suiv. ; Denys DUPUIS et Sophie DESJARDINS, « Le jugement professionnel au cœur de la pratique éthique », *Revue québécoise de psychologie*, vol. 23, n° 1, 2002, p. 57.

127. Par exemple, des psychiatres ont rapporté garder en établissement des patients qui ne sont pas dangereux en les faisant passer comme tels ou ne pas demander d'autorisation de soins pour des patients inaptes à consentir aux soins : E. BERNHEIM, préc., note *, p. 407 et 618 et suiv. et 657 et suiv.

128. Ces différentes conceptions par les juges de leur rôle à jouer semblent dépendre d'abord d'une interprétation divergente des textes légaux. À titre indicatif, soulignons que notre échantillon de juges se divise en deux entre les deux premières postures et la troisième.

129. Rappelons cependant les limites que nous avons constatées, notamment en matière procédurale.

130. E. BERNHEIM, préc., note *, p. 657 et suiv.

Tableau 3
Caractéristiques des postures décisionnelles normatives

Postures	Empathique	Pragmatique	Légaliste	Déontologique
Acteur	Juge	Juge	Juge	Psychiatre
Conception du rôle	Protection d'un individu vulnérable	Protection des droits de la personne comme « principe prioritaire »	Décision pertinente prise en appliquant des critères ou des processus	Intérêt clinique véritable du patient
Rapport au droit	Justification de l'action <i>a priori</i>	Adhésion de principe	Utilisation pratique	Instrumentalisation <i>a posteriori</i>
Force du droit	Symbolique	Symbolique et pratique	Pratique	Symbolique

4.2 La norme de l'anormal

Comme dans le cas de la norme formelle, nos résultats de recherche dénotent une opposition marquée entre juges et psychiatres. Nous expliquons cette divergence de deux manières. Dans un premier temps, il s'agit du contraste entre *experts* et *profanes*. Dans un second temps, c'est une manifestation de la psychiatisation du social dont nous avons parlé plus haut.

Nous avons pu retrouver dans le discours des juges, lors des entretiens et des observations, de nombreuses références à ce que nous avons appelé la *norme de l'anormal*. Rappelons que cette norme, issue originalement du discours psychiatrique, est celle qui permet de classer les comportements entre normaux et anormaux et que nous avons retenu, aux fins d'analyse, les marqueurs suivants : le statut d'unique expert du psychiatre, les bénéfices liés à l'hospitalisation et à la médication psychiatrique et l'application du principe du meilleur intérêt.

Tous les psychiatres que nous avons rencontrés ont affirmé ne pas être les seuls à pouvoir faire l'évaluation de l'état mental et notamment de la dangerosité : à leur avis, les membres de l'équipe multidisciplinaire avec qui ils collaborent ont les compétences valables leur permettant d'émettre des opinions¹³¹. Paradoxalement, les juges reconnaissent unanimement le statut d'unique expert du psychiatre, en raison notamment de ses études et de son diplôme¹³² ou du fait que, « si c'est un problème de santé, ça demande

131. *Id.*, p. 638.

132. Cour du Québec 4, Cour supérieure 1 et exploratoire, et E. BERNHEIM, préc., note *, p. 531 et suiv. et 601 et suiv.

l'intervention d'un médecin¹³³». Rares sont ceux qui ont nommé d'autres professionnels et, dans ces cas, ils ne sont jamais choisis en premier¹³⁴.

Au sujet des bénéfices attendus de l'hospitalisation et des soins psychiatriques, alors que les psychiatres ont souligné, pour la plupart, la toxicité de la médication, ses effets secondaires et l'importance d'en limiter la consommation au minimum¹³⁵, les juges au contraire entretiennent une vision idéalisée de la question. En effet, tout comme le dénotent des commentaires formulés par un juge de la Cour du Québec, à savoir que la défenderesse, « si elle prend sa médication, fera peut-être une vie normale, mais si elle ne les prend pas, ira de prison en hôpital¹³⁶ », le traitement psychiatrique constituerait pour plusieurs la condition du maintien dans la vie en société. De sorte que plusieurs juges des deux cours ont rapporté essayer de convaincre les défendeurs des bienfaits de l'hospitalisation et du traitement psychiatrique¹³⁷.

À la Cour du Québec, bien que l'ordonnance de garde en établissement porte sur la dangerosité et n'emporte aucunement la possibilité pour l'établissement demandeur de traiter le défendeur contre son gré, nous avons constaté, lors de nos observations, que la question du traitement est régulièrement discutée. De nombreux rapports psychiatriques produits en preuve font d'ailleurs état du fait que le défendeur refuse la médication, qu'il ne collabore pas ou qu'il fera l'objet d'une requête pour autorisation de soins¹³⁸. De la même façon, ce genre d'argument est souvent invoqué par les avocats des demandeurs¹³⁹. À cet effet, quelques juges nous ont confié « présume[r] en rendant [leur] décision, que des traitements vont être donnés à ces gens-là en hôpital¹⁴⁰ ».

À la Cour supérieure, les enjeux sont différents puisque l'autorisation judiciaire porte justement sur le traitement. Rappelons que, avant d'imposer un traitement au défendeur, le juge doit avoir conclu à son inaptitude. Nous avons pourtant constaté que la réelle question abordée en audience n'est pas l'aptitude ou non à consentir, mais bien la reconnaissance de la

133. Cour du Québec 5.

134. C'est notamment le cas des infirmières et des travailleurs sociaux. Cour du Québec 5 et 6 et Cour supérieure 3, 4 et 7.

135. Psychiatre 1, 2, 3, 5, 6 et 7 et E. BERNHEIM, préc., note *, p. 640 et suiv.

136. Cour du Québec 11.

137. E. BERNHEIM, préc., note *, p. 534 et suiv. et 604 et suiv.

138. *Id.*, p. 536.

139. Voir, par exemple, Cour du Québec 8 : « Il serait dans l'intérêt de monsieur d'entamer un traitement. »

140. Cour du Québec 1.

maladie mentale en tant que réalité objective¹⁴¹. Le déni devient alors une preuve de l'incapacité¹⁴². Dans ce contexte, le droit de refuser les soins est systématiquement négligé, voire oublié, en rupture avec les principes jurisprudentiels québécois en la matière¹⁴³. Nous avons donc relevé deux manières d'aborder le refus de soins des défendeurs. Dans le premier cas, les principes généraux du consentement aux soins sont appliqués : le défendeur peut, pour autant qu'il soit en mesure d'évaluer les conséquences de sa décision, refuser les soins. Dans le second cas, le refus de soins est suspect et révèle l'ampleur de la maladie et de l'incapacité du défendeur.

-
141. Voir, par exemple, Cour supérieure 4 : « Globalement, tu essaies de comprendre, est-ce que tu comprends les paramètres de ta maladie, est-ce que tu comprends les paramètres des soins qu'on t'offre ? » Lors de nos observations (Cour supérieure 11), un juge conclut que le défendeur « ne se reconnaît pas de maladie mentale malgré l'avis des experts ».
142. **Il n'existe pourtant pas de consensus sur l'impact du déni de la maladie sur l'aptitude à consentir.** Pour certains, l'incapacité est « liée de façon intrinsèque » au déni de la maladie : Denis MORRISON, « Consentement éclairé et capacité en pratique clinique psychiatrique ou Opinion : le consentement éclairé s'applique-t-il en psychiatrie ? », dans Pierre MIGNEAULT et John O'NEIL, *Consentement éclairé et capacité en psychiatrie. Aspects cliniques et juridiques*, Montréal, Éditions Douglas, 1988, p. 5, à la page 7 ; Frédéric GRUNBERG, « Réflexion sur le déni psychotique et le refus catégorique aux soins », dans ASSOCIATION DES HÔPITAUX DU QUÉBEC (AHQ), *Le refus catégorique*, Montréal, AHQ, 1993, p. B-1, à la page B-2. Pour d'autres, au contraire, il constitue le seul moyen d'y survivre : Yvon GARNEAU et Jean-Martin DIENER, « La règle du consentement éclairé et ses impasses en psychiatrie », dans P. MIGNEAULT et J. O'NEIL, préc., note 142, p. 49, à la page 53 ; Margaret A. SOMERVILLE, « Refusal of Medical Treatment in "Captive" Circumstances », (1985) 63 *R. du B. can.* 59, 63. En outre, le concept d'auto-critique (*insight*), largement utilisé en psychiatrie pour mesurer l'appréciation faite par le patient de son état ou de son comportement, ne ferait pas l'objet d'un consensus permettant de le mesurer de manière appropriée : Constantin TRANULIS, Martin LEPAGE et Ashok MALLA, « Insight In First Episode Psychosis : Who Is Measuring What ? », *Early Intervention in Psychiatry*, vol. 2, n° 1, février 2008, p. 34.
143. Dans l'affaire *Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, [1986] R.J.Q. 1221, 1227 (C.A.), la Cour d'appel avait affirmé « l'autorité finale [du majeur] d'accepter ou de refuser un traitement médical qu'on lui propose ». Voir également : Nancy B. c. *Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.) ; *Manoir de la Pointe Bleue (1978) Inc. c. Corbeil*, [1992] R.J.Q. 712 (C.S.) ; Emmanuelle BERNHEIM, « Le refus de soins psychiatriques est-il possible au Québec ? Discussion à la lumière du cas de l'autorisation de soins », (2011) 57 *R.D. McGill* (à paraître).

Tableau 4
Perspectives croisées des informateurs de la Cour supérieure
sur la nécessité de l'hospitalisation et des soins psychiatriques

Premier groupe	Second groupe
«La personne comprend que quand elle est comme ça, c'est moins parfait dans sa vie. Mais à partir du moment où les conséquences ne sont pas particulièrement majeures et qu'elle est prête à les assumer, ça devrait être correct ¹ .»	«Il faut s'assurer que les personnes qui sont dans une institution psychiatrique sont bien mises sous médication» puisque «le traitement est toujours approprié en psychiatrie». Il faut notamment «réussir à faire admettre à la personne qu'elle devra prendre les médicaments toute sa vie ² ».

- 1 Cour supérieure 4.
- 2 Cour supérieure exploratoire.

Nous avons découvert, à la fois dans le discours et dans la pratique des juges, que la question de l'hospitalisation et des traitements psychiatriques est intimement liée à celle de la *normalité*. Les informateurs ne défendent cependant pas une conception morale de la *normalité*, au contraire, puisque son appréciation générale se fait *in concreto* : elle dépend essentiellement de faits. La *normalité* est inhérente au fait de pouvoir ou non fonctionner en société selon certains critères, mais elle correspond également à ce qui est permis, à ce que l'on a le droit de faire, ou non, au sein d'une collectivité donnée¹⁴⁴. Il s'ensuit que, bien souvent, les débats en audience sont polarisés autour du travail, des études, du logement, des relations avec les proches, d'une part, et des comportements jugés atypiques ou problématiques, d'autre part. Dans cette perspective, la médication est quelques fois jugée nécessaire pour revenir à une «vie normale¹⁴⁵» et l'autorisation de soins devient un outil pour retrouver un fonctionnement social *normal*¹⁴⁶. En même temps, plusieurs informateurs des deux cours que nous avons rencontrés entretiennent des idées négatives sur les défendeurs, notamment quant à leur réelle aptitude¹⁴⁷. La décision judiciaire vient donc pallier les insuffisances des défendeurs, bien que la plupart conservent leur capacité légale. Dans cette perspective, le principe du meilleur intérêt du défendeur guide naturellement le juge dans sa décision.

144. Voir, par exemple, Cour du Québec exploratoire : «Je vous dirais que la santé mentale c'est quelque chose de très, très, très vaste. Mais c'est quoi la norme ? C'est quoi la normalité ? Par rapport à ce qui n'est pas normal ? Ça dépend de la société. Ce qu'on tolère nous ici, ce qu'on ne tolère pas ailleurs. Ce qui est toléré ailleurs et qui est permis ici.»

145. Cour du Québec 4.

146. Cour supérieure exploratoire, 3 et 6.

147. Les défendeurs n'auraient pas de contact avec la réalité et certains juges disent les traiter «comme leurs enfants» : Cour du Québec 1, 4 et 12 et Cour supérieure exploratoire, 2, 4 et 6. Voir E. BERNHEIM, préc., note *, p. 393 et suiv.

Malgré la prégnance de la *norme de l'anormal* dans le discours de nos informateurs des deux cours, ce n'est pas la source de la motivation des décisions de tous les juges que nous avons rencontrés. Une fois encore, comme pour la norme formelle, la force de la *norme de l'anormal* dépend de la possibilité pour les acteurs d'évoquer et d'accomplir leur rôle par la mobilisation de cette norme. Les juges dont l'approche correspond à la *posture empathique* expriment clairement la prépondérance de la relation d'aide dans leur interaction avec le défendeur. Outre qu'ils protègent le défendeur, ils se doivent notamment de lui faire comprendre la gravité de sa situation¹⁴⁸ pour l'aider à accepter le secours qui lui est offert. De plus, la *posture empathique* implique dans le processus décisionnel une forte présence d'éléments émotifs. Ainsi, la décision est prise «avec le cœur¹⁴⁹» :

Oui, elle ne peut pas sortir parce que cette personne-là n'a pas toute sa tête pour réaliser ce qui est dans son meilleur intérêt [...] Alors donc, pour moi il est fondamental que la personne réalise que j'ai pris cette décision dans son intérêt. J'ai l'impression aussi que le fait que un, je suis juge, deux, je crois que j'ai une certaine prestance en cour, en même temps, mélangée avec de la chaleur humaine et de la compassion. Souvent ce mélange-là fait que la personne reçoit un message et qu'il y a un début de travail personnel qui se fait. Parce que pour guérir, il faut y mettre du sien. Dans un cheminement personnel, il faut toujours mettre du sien, quel que soit le problème ou l'obstacle qu'on doit surmonter¹⁵⁰.

Pour les juges qui adoptent les *postures pragmatique* ou *légaliste*, la *norme de l'anormal* ne joue habituellement qu'un rôle accessoire. Toutefois, elle peut constituer un élément déterminant de l'évaluation d'un cas particulier, notamment par l'influence qu'elle peut avoir sur l'application des critères objectifs. En effet, lorsqu'il s'agit d'évaluer la dangerosité ou l'inaptitude—deux concepts très flous—, la conception de la «normalité» ou de la «vie normale» peut pousser à une interprétation large des situations¹⁵¹. Ainsi, lorsqu'il est convaincu de la nécessité des soins dans le meilleur intérêt du défendeur (en raison, par exemple, du diagnostic posé

148. Cour du Québec exploratoire :

Quand on dit à quelqu'un : "Vous avez des problèmes de santé mentale, réalisez-vous ?" puis qu'il dit non. "Oh ! Moi je pense que vous avez des problèmes de santé mentale", et c'est quelqu'un d'étranger à un médecin qui lui dit ça. Et c'est un rôle extrêmement important de dire : "Oui, il y a des gens dans notre société qui ont des problèmes de santé mentale et il faut être prêts à les accepter, à les reconnaître et à les aider."

149. Cour supérieure 1. Un informateur à la Cour du Québec affirme d'ailleurs devoir faire l'effort de se référer explicitement au droit pour «prendre une décision rationnelle» : Cour du Québec 11.

150. Cour du Québec 4.

151. Voir E. BERNHEIM, préc., note *, p. 393 et suiv.

ou de la manifestation de symptôme précis), le juge pourra choisir d'arrêter sa décision en fonction de ces éléments, malgré les principes normatifs mis en œuvre généralement. À cet égard, notre recherche met en lumière le fait que l'application morcelée de la normativité juridique et le flou des concepts clés provoquent des *fissures* dans lesquelles peuvent s'infiltrer d'autres formes de normativité¹⁵². Il s'ensuit que, bien que la conception que l'acteur se fait de son action et de son rôle détermine *a priori* le type de norme retenue, l'intervention d'une norme que nous pourrions désigner comme *secondaire* peut devenir salutaire lorsqu'elle permet de mener à terme l'action telle qu'elle est souhaitée.

Conclusion

Nous concluons notre réflexion en deux temps. D'abord, nous reviendrons brièvement sur nos résultats de recherche. Ensuite, à la lumière de ces derniers, nous discuterons de la démarche méthodologique que nous avons employée.

En matière de droit vivant, nos résultats de recherche dévoilent des éléments inédits sur la fonction de l'individu dans la dynamique normative, en tant que détenteur d'une certaine *marge de liberté*. Toutefois, nous avons constaté que cette liberté est inséparable du rôle que l'acteur entend jouer et du sens qu'il donne à son action. Il s'agit d'abord de la manière dont l'individu définit sa fonction dans les liens actifs au sein de la *configuration*, mais également, plus largement, dans la conception qu'il se fait de son rôle social. Ainsi, la norme, en tant que source de motivation à l'action, s'inscrit dans un imaginaire personnel et collectif lié à la conception de la société «idéale». La *configuration* met en scène l'acteur dans un rôle par rapport aux autres acteurs avec qui il est directement lié, et, indirectement, par rapport au *public*, c'est-à-dire la collectivité dans laquelle la configuration se met en place¹⁵³. En outre, la *configuration* elle-même n'a plus de sens si elle n'est pas arrimée à sa fonction collective et sociale. Il s'ensuit que le

152. Voir, par exemple, Cour supérieure 2 :

Vous savez c'est quoi l'inaptitude ? Je veux dire, ce n'est peut-être pas le diagnostic comme tel, mais dans la mesure où... C'est à peu près comme si je vous demandais [...] ce que ferait "la personne raisonnable". Définissez-moi ça, une personne raisonnable ! Ça ne se définit pas [...] Il y a un niveau, à un moment donné, où ça devient une sorte d'intuition de ce que c'est la normalité. Essayez de donner une définition de la normalité.

153. «Quand un acteur gouverne son activité privée conformément à des normes morales qu'il a intériorisées, il peut associer ces normes à un groupe de référence déterminé et soumettre ainsi son activité à un public non présent» : Erving GOFFMAN, *La mise en scène de la vie quotidienne*, t. 1 «La présentation de soi», traduit par Alain ACCARDO, Paris, Les Éditions de Minuit, 1973, p. 83.

choix de la norme traduit une certaine compréhension et une certaine vision du monde. Les différentes *postures* décisionnelles dépendent donc *a priori* de ces éléments. Elles préexistent à l'adhésion au contenu de la norme. En effet, la pluralité des acteurs engagés dans la construction du sens de la norme le font non seulement comme membres d'un groupe professionnel, mais aussi en tant qu'individus. Ainsi, bien que celui qui agit en matière de garde en établissement ou d'autorisation de soins le fasse à titre de juge ou de psychiatre, il ne peut faire abstraction du citoyen, du père, du voisin ou de l'ami qu'il est également. C'est que, comme nous l'avons dit, la normativité prend forme dans le lien social, elle existe « dans et par rapport à autrui¹⁵⁴ ». Ainsi, le processus qui préside au choix normatif illustre jusqu'à un certain point la conception générale que l'acteur se fait des rapports sociaux, à travers les rôles de chacun au sein de la configuration. En effet, comment expliquer autrement les différentes *postures* par lesquelles les acteurs se posent tantôt en protecteur de la personne vulnérable, tantôt en protecteur des droits, ou encore en protecteur de la santé ? C'est bien dans l'espace du lien social, soit avec une personne vulnérable, un citoyen ou un patient, que l'acteur se définit et définit en même temps le sens de l'action qu'il accomplit. C'est la nature de ce lien et de son propre rôle qui place l'individu dans une *posture* spécifique par rapport au choix normatif. Sur ce chapitre, il existe une pluralité de possibilités, allant du rapport le plus personnel ou intime au rapport de convenance, selon l'engagement personnel de l'acteur et sa place dans le lien social.

Au regard du droit, nous avons constaté que l'appropriation que s'en font les acteurs n'est pas différente de celle qui a lieu pour les autres formes de normativité. Ce constat permet de conclure que le droit, malgré sa force symbolique incontestable, ne peut s'imposer qu'en raison de sa nature. Ainsi, la force symbolique du droit n'est pas liée à son contenu substantiel, mais plutôt à l'appropriation que s'en font les acteurs. Il s'ensuit que, même lorsqu'il fait l'objet d'une adhésion de principe « symbolique¹⁵⁵ », le droit peut ne trouver aucune application concrète.

Dans notre étude, la recherche empirique, parce qu'elle nous a amenée à confronter les réalités du « terrain », nous permet de tirer des conclusions à la fois à l'égard de notre perspective théorique, de la pratique judiciaire et psychiatrique et également des fondements paradigmatiques du droit psychiatrique. Ainsi, nous avons réalisé que la *norme de l'anormal*, loin de constituer une simple influence sur les autres types de normativités, constitue souvent le fondement des décisions en matière de garde

154. H. GARFINKEL cité dans P. LADRIÈRE, préc., note 63, p. 274.

155. C'est ce qui se produit dans le cas des *postures empathique et déontologique*.

en établissement ou d'autorisation de soins. À cet égard, la conception morcelée du droit—et l'application lacunaire qui en découle—ainsi que le flou des concepts juridiques—et les fissures qu'il provoque—influent sur la cohérence interne du droit et constituent des obstacles majeurs à son application. L'existence de la *posture empathique* révèle un paradoxe : alors que la judiciarisation avait pour objet une protection effective des droits de la personne, la magistrature se voit simultanément investie d'une nouvelle mission, qui la conduit « au-delà du champ clos des droits subjectifs déterminés par des lois¹⁵⁶ », pour « apprécier des intérêts, des besoins, des aptitudes¹⁵⁷ ».

Cependant, dépassant les questions liées à la mission des juges et au rapport de dépendance aux experts qui découlent du fait que « la règle de droit fait largement dépendre la solution de données factuelles¹⁵⁸ », la recherche empirique éclaire un tout autre aspect du problème. Pour nous, la *posture empathique* cristallise la dualité et le clivage présents dans le droit psychiatrique et, accessoirement, dans la fonction judiciaire actuelle. En effet, comment opter pour une *posture pragmatique* lorsque la mission implicite des tribunaux n'est plus de trancher un conflit de droits, mais bien de trouver solution à un problème à la lumière « tant [...] des normes existantes que des finalités socio-politiques qui les fondent¹⁵⁹ » ? Dans le cas qui nous intéresse, soulignons que les finalités des normes applicables—droits de la personne et droit psychiatrique—sont en conflit : la garde en établissement et l'autorisation de soins sont conceptualisées comme des mesures privatives de droits uniquement. Dans cette perspective, la question qui se pose est la suivante : le défendeur est-il tellement dangereux ou inapte qu'il faille le priver de l'exercice de ses droits à la liberté, à l'intégrité et à l'autodétermination ?

Or, il est possible de penser que des mesures qui permettent, dans les faits, de *protéger* et de *soigner* puissent constituer des outils de mise en œuvre des droits. Car protéger et soigner ne sont-ils pas des moyens d'exercice du droit à l'intégrité ? Dans cette perspective, la question qui se pose est complètement différente : faut-il, en raison de la dangerosité ou de l'inaptitude démontrée du défendeur, le priver de l'exercice de ses droits à la liberté et à l'autodétermination pour favoriser la protection de son droit à l'intégrité ?

156. François OST, *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 22.

157. *Id.*, p. 17.

158. *Id.*, p. 18.

159. *Id.*, p. 28.

La contribution de la sociologie du droit, plus particulièrement de la recherche empirique, à la « science » générale du droit et des normes nous semble à plusieurs égards non seulement constructive mais nécessaire. C'est en effet par l'étude des normes telles que les comprennent, les interprètent et les vivent les acteurs que le phénomène juridique peut être appréhendé dans sa tangibilité. La connaissance et la méconnaissance du droit, sa manipulation, son effectivité, sont autant d'éléments fondamentaux qui permettent de mieux circonscrire à la fois la *conscience* du droit¹⁶⁰ et les réels besoins des acteurs sociaux¹⁶¹. Seule l'étude empirique nous permet de mettre en évidence le décalage entre le droit des textes et le droit vivant, entre le discours sur ce que le droit est ou devrait être et sa matérialité. Ces éléments sont, pour nous, essentiels à la compréhension des changements sociaux et normatifs dont nous avons fait état dans l'introduction de notre texte. Ils permettent parallèlement de mettre le doigt sur les impasses conceptuelles et pratiques à l'origine des fissures qui contraignent les acteurs à aller chercher ailleurs le sens du droit.

160. Nous faisons référence aux travaux suivants : Patricia EWICK et Susan S. SILBEY, « Conformity, Contestation and Resistance: an Account of Legal Consciousness », (1991-92) 26 *New Eng. L. Rev.* 731 ; Patricia EWICK et Susan S. SILBEY, *The Common Place of Law. Stories from Everyday Life*, Chicago, University of Chicago Press, 1998.

161. Christine VÉZINA, « Normativités et droit de la santé. Normes de résistance et droit à l'égalité des personnes vivant avec le VIH. Réflexion sur les normativités parallèles au service de l'effectivité », (2010) 44-2 *R.J.T.* 209.